

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ENCRUZILHADA

PROCESSO Nº 08201e20

PARECER Nº 00921-20

CONSULTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO E
ATIVIDADE-FIM. LEI DAS TERCEIRIZAÇÕES.
JURISPRUDÊNCIA DO STF E TCU.
REGULAMENTAÇÃO FEDERAL.
CONSIDERAÇÕES.

1) A terceirização só é admitida na Administração Pública Direta municipal, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: a) tratar-se de atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias (atividades-meio); b) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade (atividades permanentes); e, c) inexistentes na relação os elementos da personalidade e subordinação direta (vínculo direto).

2) Além do preenchimento dos requisitos acima especificados, a terceirização não pode ocorrer com o único objetivo de fornecimento de mão de obra em substituição à obrigatória contratação de servidores públicos.

3) O gestor municipal deve atentar-se para a INSTRUÇÃO TCM nº 02/2018, que traz orientações quanto à terceirização de mão de obra para efeito do cálculo das despesas com pessoal estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE ENCRUZILHADA**, Sr. Wekisley Teixeira Silva, por meio de expediente endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 08201e20, encaminha a seguinte indagação:

1 - É lícito no âmbito da administração pública municipal realizar a terceirização de todas as atividades empresariais, sendo elas de atividade-fim e atividade-meio?

Em seu arrazoado, o Consulente junta cópia de parecer jurídico emitido pela Procuradoria Municipal de Encruzilhada, datado de 06 de maio de 2020, no qual mostra-se “favorável pela Terceirização de Contratados, vez que possui base legal para a sua contratação.”, quando questionada a respeito da “possibilidade de terceirização de contratos no âmbito da Administração Municipal”.

Registre-se que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, consoante regra disposta no art. 3º, §4º da Res. TCM nº 1392/2019 - Regimento Interno, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado, em especial, sobre a situação vivenciada pelo município de Encruzilhada na condução das terceirizações, tampouco sobre o parecer colacionado, que, inclusive, tivera questionamento, embora sobre a mesma temática, diverso do aqui formulado.

Na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Prestados tais esclarecimentos, tem-se que o conceito de **Terceirização**, trazido da atividade empresarial, na seara pública é utilizado, em sua acepção ampliada, para designar todo e qualquer serviço público delegado pela Administração Pública ao particular.

Tal instituto decorre da tendência desestatizadora dos serviços públicos, através da qual a Administração vem enxugando seus quadros e dinamizando a execução de suas atividades com a contratação de terceiros.

Sua aplicação em sentido estrito, relacionada a contratação de serviços de terceiros, historicamente suscitou algumas dificuldades, uma vez que não havia regulamentação própria para a matéria. A disciplina jurídica era realizada por meio da Súmula nº 331 do TST, imperando o entendimento de que:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Neste período vigorava a interpretação de que seria ilícita a terceirização das atividades-fim da tomadora dos serviços, sob a justificativa, dentre outras, de a contratação de terceiros com o intuito de realização da atividade principal da tomadora de serviços representava a transferência do risco do negócio.

Contudo, o avanço das terceirizações na iniciativa privada e no setor público exigiram uma nova sistemática sobre a matéria, com regras mais claras, mostrando-se necessário redesenhar os contornos da terceirização nas empresas e na Administração Pública no Brasil, que culminou com as modificações normativas e jurisprudenciais da temática, ocorridas entre 2017 e 2019.

Foi nessa direção que caminhou a Lei das Terceirizações – Lei nº 13429/2017 e a Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/2017, que ampliaram o rol de atividades passíveis de terceirização, incluindo as chamadas atividades finalísticas das organizações, e inseriram as regulamentações necessárias no direito do trabalho. Tais medidas, ainda assim,

mostraram-se incapazes de sanar as discussões sobre a terceirização no campo do direito administrativo.

Somou-se a essa mudança legislativa, a postura adotada pelo STF, quando, em 30.08.2019, ao julgar a ADPF 324 e o RE 958.252, entendeu pela legalidade da terceirização das atividades-fim, entendidas como as atividades principais das empresas.

A tese de repercussão geral fixada no Tema 725 pelo Supremo Tribunal Federal foi a seguinte:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Na ótica do professor Luciano Ferraz, em seu artigo intitulado “A terceirização na administração pública depois das decisões do STF”, publicado na Revista Consultor Jurídico – ConJur, as decisões da Corte Superior devem ser avaliadas com cautela na esfera pública, como se vê:

Também trouxe um impacto expressivo para a área trabalhista o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 324 (relator ministro Roberto Barroso) e do Recurso Extraordinário 958.252, com repercussão geral reconhecida (relator ministro Luiz Fux), ambos compreendendo como constitucional a terceirização de atividades-fim nas empresas em geral, revisitando a posição contrária firmada pela Justiça do Trabalho (Súmula 331/TST).

Como resultado desse julgamento, o Tema 725 da repercussão geral do STF, cujo teor é o seguinte: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

A aplicação desse novo panorama legislativo e jurisprudencial ao setor público exige acomodações e ajustes. É que, embora a terceirização na administração pública seja uma realidade em qualquer sítio, é essencial distinguir sua aplicabilidade para administração direta, autarquias e fundações públicas — e para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias (parciais ou integrais).

É mais do que natural que às empresas estatais e subsidiárias se reconheça maior liberdade para uso da terceirização, como se infere do verbete do Tema 725 do STF, que literalmente alude às “empresas”, direcionando-se, pois, a uma técnica de gestão descentralizada — “terceirização empresarial”.

O artigo 10, parágrafo 7º do Decreto-lei 200/67, aplicável a ambos os casos (órgãos, autarquias, fundações e empresas estatais), dispõe que, “para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa,

a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução”.

Uma leitura mais detida do dispositivo revela que a autorização legislativa é pertinente à “terceirização de atividade”, e não à “terceirização de mão de obra”. É dizer que existem determinadas atividades, as quais, sobre não serem consideradas como típicas do órgão ou da entidade administrativa, podem ser contratadas com terceiros (terceirizadas). Dessa forma, distinguindo os dois tipos de terceirização, garante-se que não haja uma superposição de funções entre os terceirizados e os servidores ou empregados de carreira, afastando-se cogitações de infringência à regra do concurso público (artigo 37, II da Constituição). (g.n)

O efeito prático da decisão do STF foi o afastamento da análise sobre a licitude da terceirização apenas pelo critério do objeto avençado, já que compreendeu-se que a mera distinção entre atividade-meio e atividade-fim não era mais suficiente para atestar a regularidade da terceirização nas empresas, devendo-se levar em consideração outras particularidades de maior relevância no cenário atual das organizações.

Em outros termos, após a Tese fixada do STF sobre terceirizações, a identificação da atividade terceirizada como sendo atividade-meio ou fim não será mais um critério isolado para se definir acerca do vínculo de emprego direto com a tomadora dos serviços, situação repudiada tanto na iniciativa privada quanto na pública.

Impende registrar, para que não parem dúvidas, que os julgamentos do STF não afastaram, como não poderia deixar de ser, o exame minucioso das terceirizações sob os demais prismas, notadamente sobre os requisitos insertos nos novéis regramentos da matéria, mantendo-se o alerta sobre a devida regularidade da execução indireta dos serviços, a ensejar, acaso verificado o descumprimento dos preceitos legais no caso concreto, a nulidade da terceirização, seja ela abarcada na atividade meio ou fim.

Diante da mudança de cenário, composta por legislação e jurisprudência autorizativas da terceirização das atividades finalísticas das empresas, a União, mediante edição do Decreto Federal nº 9.507/18, que revogou o Decreto nº 2.271/97, estabeleceu parâmetros para a execução indireta dos serviços no Executivo federal, distinguindo as hipóteses cabíveis de acordo com as características das pessoas jurídicas que compõem o Ente.

Dada sua importância para o estudo das terceirizações no âmbito público, cabe aqui transcrever parte do Decreto:

DECRETO Nº 9.507, DE 21 DE SETEMBRO DE 2018

Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso IV e VI, alínea "a", da Constituição, e tendo em vista o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,

DECRETA:

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES
Âmbito de aplicação e objeto

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Art. 2º Ato do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabelecerá os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação.

CAPÍTULO II
DAS VEDAÇÕES
Administração pública federal direta, autárquica e fundacional

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

- I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e
- IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do **caput** poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do **caput** poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do **caput** quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

Vedação de caráter geral

Art. 5º É vedada a contratação, por órgão ou entidade de que trata o art. 1º, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que tenham relação de parentesco com:

I - detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação; ou

II - autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade.

(...) (grifos aditados)

Da edição do Decreto seguiu-se a expedição da Portaria nº 443/2018, consoante determinação contida no art. 2º do Decreto nº 9507/18, abaixo transcrita na íntegra:

PORTARIA Nº 443, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2018

Estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018.

O MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II e IV, da Constituição Federal, e o Decreto nº 9.035, de 20 de abril de 2017, e considerando o disposto no art. 2º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, resolve:

Art. 1º No âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, serão preferencialmente objeto de execução indireta, dentre outros, os seguintes serviços:

- I - alimentação;
- II - armazenamento;
- III - atividades técnicas auxiliares de arquivo e biblioteconomia;
- IV - atividades técnicas auxiliares de laboratório;
- V - carregamento e descarregamento de materiais e equipamentos;
- VI - comunicação social, incluindo jornalismo, publicidade, relações públicas e cerimonial, diagramação, design gráfico, webdesign, edição, editoração e atividades afins;
- VII - conservação e jardinagem;
- VIII - copeiragem;
- IX - cultivo, extração ou exploração rural, agrícola ou agropecuária;
- X - elaboração de projetos de arquitetura e engenharia e acompanhamento de execução de obras;
- XI - geomensuração;
- XII - georeferenciamento;
- XIII - instalação, operação e manutenção de máquinas e equipamentos, incluindo os de captação, tratamento e transmissão de áudio, vídeo e imagens;
- XIV - limpeza;
- XV - manutenção de prédios e instalações, incluindo montagem, desmontagem, manutenção, recuperação e pequenas produções de bens móveis;
- XVI - mensageria;
- XVII - monitoria de atividades de visitação e de interação com público em parques, museus e demais órgãos e entidades da Administração Pública federal;
- XVIII - recepção, incluindo recepcionistas com habilidade de se comunicar na Linguagem Brasileira de Sinais - Libras;
- XIX - reprografia, plotagem, digitalização e atividades afins;
- XX - secretariado, incluindo o secretariado executivo;
- XXI - segurança, vigilância patrimonial e brigada de incêndio;
- XXII - serviços de escritório e atividades auxiliares de apoio à gestão de documentação, incluindo manuseio, digitação ou digitalização de documentos e a tramitação de processos em meios físicos ou eletrônicos (sistemas de protocolo eletrônico);
- XXIII - serviços de tecnologia da informação e prestação de serviços de informação;
- XXIV - teleatendimento;
- XXV - telecomunicações;
- XXVI - tradução, inclusive tradução e interpretação de Língua Brasileira de Sinais (Libras);
- XXVII - gravação;
- XXVIII - transportes;
- XXIX - tratamento de animais;
- XXX - visitação domiciliar e comunitária para execução de atividades relacionadas a programas e projetos públicos, em áreas urbanas ou rurais;
- XXXI - monitoria de inclusão e acessibilidade; e
- XXXII - certificação de produtos e serviços, respeitado o contido no art. 3º, § 2º do Decreto nº 9.507, de 2018.

Parágrafo único. Outras atividades que não estejam contempladas na presente lista poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto nº 9.507, de 2018.

Art. 2º Cabe ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão expedir normas complementares ao cumprimento do disposto nesta Portaria.

Art. 3º Fica revogada a Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016.

Da leitura atenta dos normativos expedidos no âmbito federal, observa-se que o Executivo Federal, ciente das modificações ocorridas no campo das terceirizações, estabeleceu diretrizes para, de um lado, salvaguardar a Administração direta, autárquica e fundacional, impondo maiores restrições para a adoção da execução indireta; e do outro, ampliar as hipóteses de terceirização para as empresas públicas e sociedade de economia mista, cuja essência econômica permitiu uma maior flexibilização das regras.

Isto se deve pelo fato das empresas públicas e das sociedades de economia mista, que compõem a Administração Indireta, serem denominadas pela Doutrina como ‘empresas estatais’, isto é, são sociedades empresariais que o Estado tem o controle acionário.

Veja-se que tais instrumentos normativos na esfera federal zelaram em relação a Administração Direta, especificando as possibilidades de execução indireta, de modo a restringir o cabimento da terceirização às atividades secundárias dos entes públicos.

O que não poderia ser diferente, eis que o foco da Lei nº 13.429/17 e da Reforma trabalhista foi a regulamentação do trabalho temporário e da terceirização nas empresas. Portanto, muitos dos regramentos ali constantes não foram criados para aplicação na Administração direta, autarquias e fundações públicas, por não se equipararem às empresas privadas.

Além disso, a Administração Pública não pode se distanciar da regra constitucional que estabelece a necessidade de concurso público para provimento dos cargos e empregos públicos criados por lei.

Nesse sentido, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 658.026, que teve como Relator o Exmo. Ministro Dias Toffoli, entendeu que: “A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência”.

Desta feita, verifica-se que a previsão constitucional da necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade da vaga, na forma prevista em Lei, para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em Lei de livre nomeação e exoneração (artigo 37, II, da Constituição Federal), conduz à interpretação de não ser cabível a terceirização das principais atividades do Ente Público, ou seja, as chamadas atividades próprias/típicas do Estado e, por isso, absolutamente indelegáveis, a exemplo do poder de polícia, definição de políticas públicas, regulação, etc..

Sobre este tópico, importantes observações foram feitas pelo jurista Joel de Menezes Niebuhr, em artigo publicado na Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, Zênite, n. 299, p. 10, jan. 2019:

“A terceirização no novo decreto nº 9.507/2018: entre a restrição para a administração direta, autárquica e fundacional e a flexibilidade para as estatais”

O avanço das terceirizações no Brasil foi projetado para as empresas privadas e centrado na possibilidade de fazê-lo em relação às atividades-fim. É nessa direção que caminhou a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e o Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 324 e REExt nº 958.252). Entretanto, a ampliação para as atividades-fim não resolve as discussões sobre a terceirização por parte da Administração Pública, porque o ponto de inflexão para ela é outro.

A particularidade da Administração Pública é que ela não pode valer-se da terceirização com a mesma desenvoltura das empresas privadas, dado o inc. II do art. 37 da Constituição Federal, cujo teor obriga o concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos. O grande óbice da terceirização por parte da Administração Pública sempre foi e continua sendo a regra constitucional do concurso público, que é espécie de consequência do regime republicano.

Sucedem que a Administração Pública exerce poderes extroversos, que atingem a esfera jurídica de terceiros, impondo limitações à liberdade e à propriedade. Por trás da Administração Pública existem homens e mulheres que exercem em nome dela os tais poderes extroversos. Essas pessoas devem atuar sempre com mira no interesse público, de forma impessoal, isenta e técnica, sem subserviência a interesses privados. O concurso público faz com que o acesso aos cargos e empregos públicos não se submeta a favores políticos e pessoais, mas dependa apenas do mérito do candidato, o que contribui para uma futura atuação impessoal, isenta e técnica, no fim das contas, para uma atuação harmonizada aos valores republicanos. (grifos nossos)

É neste cenário que as Administrações Públicas municipais devem se socorrer ao decidir sobre a contratação de serviços terceirizados, valendo-se das matrizes constitucionais e

dos contornos delineados pela recente normatização da matéria, inclusive, aproveitando a experiência na esfera federal e a jurisprudência que começa a se formar a partir de tais premissas.

Nas lições do Professor Luciano Ferraz, em texto já citado, a conclusão sobre as terceirizações na Administração Pública é a seguinte:

Como se vê, é fato que a regulamentação federal reconhece maior espectro de terceirização para as empresas da União se comparadas com órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional. Para estes últimos, continua praticamente incólume o critério de direcionamento da terceirização para as atividades-meio. Para as empresas estatais e subsidiárias, o critério garantidor da higidez da terceirização para atividades permanentes — independente de se tratar de atividade-meio ou atividades-fim — reside fundamentalmente na não correspondência das funções exercidas pelo terceirizado com as atribuições inerentes aos respectivos planos de cargos e salários. O resto é perfumaria... (g.n)

O Tribunal de Contas da União ao debruçar-se sobre o tema, em decisão paradigmática recente, em sede de consulta, já considerando o novo arcabouço legislativo da matéria, assim se pronunciou:

Acórdão 1184/2020-Plenário TCU. Data da sessão: 13/05/2020.

Enunciado

É possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios ou complementares realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da IN MPDG 5/2017 e do Decreto 9.507/2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e da subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do mencionado decreto, de modo que, entre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.

Assim, no que se refere à terceirização das atividades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, esta Assessoria Jurídica entende que os novos regramentos legais em nada alteraram o entendimento anteriormente adotado, de que a execução indireta será lícita se corresponder a um serviço acessório/instrumental e sem correspondência no plano de cargos do órgão ou entidade.

Este posicionamento prestigia, não apenas a nova sistemática adotada no sistema jurídico pátrio, mas, sobretudo, os princípios constitucionais, em especial, o da legalidade, impessoalidade e moralidade. Não se pode perder de vista que, a Lei nº 13.429/2017 e seus desdobramentos devem ser lidos e interpretados à luz do quanto disposto no artigo 37, II, da CF.

Ademais, a preocupação das Cortes de Controles mantém-se em relação ao desvirtuamento do instituto da terceirização e a ausência de conformidade legal nas contratações.

Neste aspecto, oportuno reproduzir o voto condutor do julgamento paradigmático do TCU, Acórdão 1184/2020-Plenário, anteriormente citado:

29. (...) **não se pode confundir a figura da terceirização de serviços que envolvem mão-de-obra, prevista na Constituição, com uma suposta terceirização para simples contratação de mão de obra, por ela expressamente vedada.** Na primeira, a Administração possui relação jurídica com a empresa contratada e esta vínculo com o trabalhador; enquanto na segunda, a Administração estabeleceria indevidamente vínculo diretamente com o contratado.

30. **Existem, contudo, algumas limitações à possibilidade de terceirização de todas as atividades da Administração Pública.** A doutrina tem se debatido há algum tempo a respeito do limite de utilização desse instituto entre as atividades-meio e atividades-fim da organização.

31. Apesar das vantagens advindas com a terceirização, há, entretanto, uma dificuldade conceitual na separação desses conceitos, conforme observa o próprio Supremo Tribunal Federal:

*1. A dicotomia entre 'atividade-fim' e 'atividade-meio' é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as 'Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais' (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). (...)*

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi)

estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição) , deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. (STF, Pleno, ADPF 324/DF, rel. min. Roberto Barroso, 30/8/2018) (...)

32. Por certo, a agilidade da Administração Pública não é a mesma do que a das empresas privadas, diante dos preceitos constitucionais mencionados e também dos poderes extroversos e das responsabilidades que detém, razão pela qual **não se pode invocar amplamente os preceitos nas Leis 13.429/17 e 13.476/17, até mesmo porque estes normativos permaneceram silentes em relação à terceirização das atividades na esfera pública.**

33. Exatamente por esse motivo, o Decreto 9.507/18, que dispôs sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, estabeleceu em seu art. 3º os serviços que não poderão ser objeto de execução indireta:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

34. No mesmo artigo, o mencionado decreto flexibilizou a possibilidade de execução indireta para "os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput (...), vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado".

35. Tal comando demonstra que a Administração Pública poderá contratar serviços para o apoio das atividades previstas no caput do art. 3º, sem poder, entretanto, transferir a decisão para terceiros, ou seja, o protagonismo deverá permanecer em suas mãos. (grifos aditados)

Logo, o gestor público deve estar convicto de que a terceirização almejada no município se enquadra na terceirização dos serviços, que difere da rechaçada locação de mão de obra.

Frise-se, a Administração ao celebrar contratos com mero intuito de conseguir mão de obra, em flagrante violação à regra constitucional que determina a realização de concursos públicos, viola, simultaneamente, os princípios da impessoalidade e da moralidade.

A fraude inviabiliza o livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública pelos indivíduos que preencham os requisitos necessários à sua ocupação, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento, sujeitos a reprimenda dos Órgãos de Controle e do Poder Judiciário.

Fixadas tais premissas, não é demais repisar a farta jurisprudência do TCU em relação aos desvirtuamentos do instituto da terceirização no setor público, por vezes identificados:

É ilegal a terceirização caso verificada a existência de subordinação e pessoalidade dos terceirizados em relação à contratante.
Acórdão 3294/2011-Plenário TCU. 07/12/2011

É vedada a ingerência da Administração ou de seus servidores na gestão dos recursos humanos das empresas contratadas para a prestação de serviços terceirizados, em especial no tocante à indicação dos empregados que devem ser contratados por tais empresas para prestarem serviços no âmbito da contratante.
Acórdão 35/2019-Plenário. 23/01/2019

Não é permitido o direcionamento ou a indicação de pessoas, em especial de parentes dos servidores ou empregados públicos, para prestação de serviços em contratos terceirizados, sob pena de configuração de nepotismo.
Acórdão 3001/2011-Plenário TCU. 16/11/2011

Não devem os empregados terceirizados exercerem atividade diversa da prevista em suas contratações, sob pena de configurar desvio de função.
Acórdão 669/2008-Plenário. 16/04/2008

Portanto, de acordo com os pontos destacados acima, pode-se afirmar que a Terceirização só é admitida na Administração Pública Direta municipal, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as

seguintes condições: 01) tratar-se de atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias (atividades-meio); 02) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e, 03) inexistentes na relação os elementos da personalidade e subordinação direta.

O TCM/BA já orientou diversos municípios por meio de pareceres consultivos, a exemplo dos processos TCM nºs 08955-17 e 12535e19, todos de livre pesquisa pelos jurisdicionados no portal do Tribunal, quanto a necessidade de observância dos requisitos indispensáveis para validade das terceirizações, atentando ainda para os efeitos da terceirização lícita ou ilícita nos cálculos das despesas com pessoal.

Neste aspecto, este Tribunal de Contas, através da Instrução TCM nº 002/2018, orientou os gestores municipais sobre as balizas da execução indireta em relação aos gastos com pessoal, disciplinados pela Lei de Responsabilidade Fiscal:

INSTRUÇÃO nº 02/2018

Orienta os gestores municipais quanto à terceirização de mão de obra para efeito do cálculo das despesas com pessoal estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF.

Art. 1º Não serão consideradas para fins de cômputo das despesas com pessoal dos Municípios do Estado da Bahia, as seguintes situações:

- a) as despesas realizadas com terceirização de mão de obra dos gastos com pessoal de que tratam os art. 18 e 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, desde que sejam relativas às atividades-meio e que não exerçam atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo no caso de cargo ou categoria extintos ou em extinção, podendo ser relacionadas, exemplificativamente, as atividades relacionadas a conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, dentre outras;
- b) as despesas de pessoal com serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, quando prestados pelos municípios indiretamente sob regime de concessão ou permissão, dado que as empresas prestadoras dos serviços arcam com os gastos de pessoal;
- c) as despesas de pessoal com serviços oriundos dos demais instrumentos com natureza de convênio, ainda que classificados nos diversos elementos de despesa típicos de serviços, realizadas pelos entes nos elementos 41 – Contribuições; 42 – Auxílios e 43 – Subvenções Sociais, por não terem características de contrato;
- d) as despesas de pessoal com gastos provenientes dos contratos de parcerias concertadas entre a administração pública e as entidades definidas como organizações sociais do terceiro setor, os chamados “Contratos de Gestão”, desde

que não realizem, na prática, “atividades exclusivas do ente público” e observem os termos dispostos na Lei Federal nº 9.637/98.

§1º As despesas incorridas com terceirização de atividades finalísticas e permanentes da Administração deverão ser computadas no cálculo da despesa de pessoal, por se tratarem de atividades tipicamente estatais.

§2º Nas despesas com pessoal das organizações sociais, caso seja identificado seu desvirtuamento, o TCM adotará as providências sancionatórias previstas em resolução.

Art. 2º Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação, não alcançando a coisa julgada administrativa nos processos apreciados e julgados pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

SALA DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS, em 25 de julho de 2018.

Por último, importa mencionar que, por força do que determina o artigo 37, XXI, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei nº 8.666/1993, a contratação para prestação de serviços terceirizados deverá ocorrer através do devido processo licitatório, nos moldes da legislação de regência.

Importante ressaltar que, a Contratada deverá comprovar estar devidamente habilitada e possuir capacidade técnica e financeira para a prestação dos serviços pretendidos, sendo o seu objeto social compatível com as necessidades do Jurisdicionado; cabendo aqui advertir que, a municipalidade deve aferir essa compatibilidade da Contratada com a execução do serviço tabulado, como proposto na Lei das Terceirizações, para que não incorra em uma das hipóteses de nulidade do contrato.

Ultimada a contratação, caberá a Administração fiscalizar a execução e o cumprimento do contrato, conforme disciplina da legislação pertinente, sob pena de ser responsabilizada subsidiariamente, nos termos da Súmula 331, inc. V, TST.

Diante de tudo quanto anteriormente exposto, esta Assessoria Jurídica, em tese e sem se debruçar sobre a realidade fática do Município Consulente, à luz da sistemática que rege a matéria, conclui que:

1) A terceirização só é admitida na Administração Pública Direta municipal, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as

seguintes condições: a) tratar-se de atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias (atividades-meio); b) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade (atividades permanentes); e, c) inexistentes na relação os elementos da personalidade e subordinação direta (vínculo direto).

2) Além do preenchimento dos requisitos acima especificados, a terceirização não pode ocorrer com o único objetivo de fornecimento de mão de obra em substituição à obrigatória contratação de servidores públicos.

3) O gestor municipal deve atentar-se para a INSTRUÇÃO TCM nº 02/2018, que traz orientações quanto à terceirização de mão de obra para efeito do cálculo das despesas com pessoal estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consultante.

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 15 de junho de 2020.

Tâmara Braga Portela
Assessora Jurídica